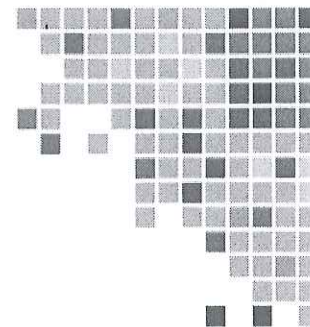




**La Santiago
transforma
tu mundo**



ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO

ACTA DE SUSTENTACIÓN NO. 35

En Cali, a los (29) días del mes de junio del año 2017, en la oficina de Dirección de Postgrados de la Universidad Santiago de Cali, se reunieron los Doctores, en calidad de evaluador, **EIBAR ELI HOYOS HERNÁNDEZ**, (los) estudiantes **(s) JULIETH GUTIERREZ CABRERA CC 1130669983**, con el trabajo titulado: **“CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: REALIDAD O MITO”**

Inicialmente el (los) autor (es) hizo (hicieron) una exposición de su trabajo explicando el contenido y el método investigativo; luego los jurados interrogaron ampliamente a los alumnos sobre el tema y sus respuestas fueron satisfactorias, razón por la cual le fue dada la aprobación al trabajo y declarado debidamente sustentado.

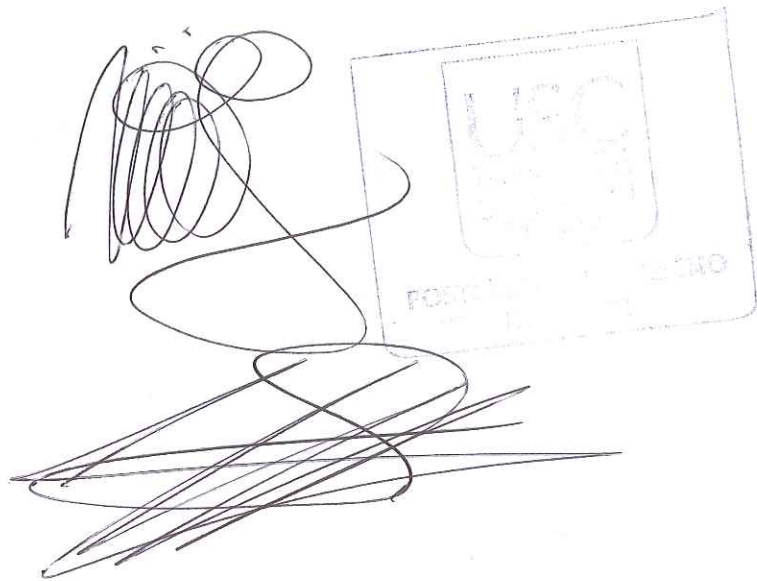
Se declara entonces cumplido con el requisito legal del Trabajo de Grado.


EIBAR ELI HOYOS HERNANDEZ
Evaluador


JULIETH GUTIÉRREZ CABRERA
Examinado

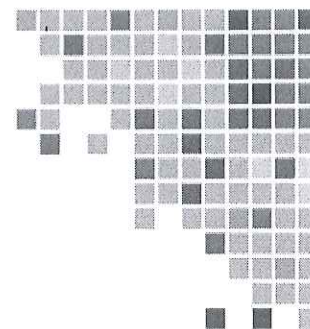

VIVIANA MARCELA GONZÁLEZ MUÑOZ
Coordinadora
Especialización en Derecho Administrativo







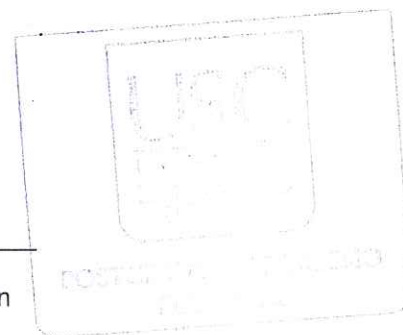
La Santiago
transforma
tu mundo



NOTA DE ACEPTACIÓN


Evaluador Trabajo de Grado


Coordinadora de la Especialización

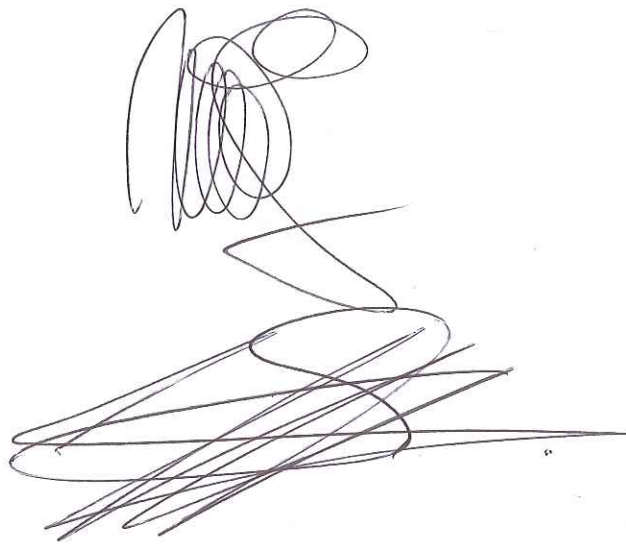


ISO 9001: 2008
BUREAU VERITAS
Certification



Calle 5a Carrera 62 Campus Pampalinda A.A. 4102 / Teléfono: PBX 5183000
web: www.usc.edu.co / Nit. 890.303.797-1 / Santiago de Cali - Colombia





CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: REALIDAD O MITO

“Una crítica objetiva de como el estado ha venido desarrollando los contratos de prestación de servicios para obviar la relación laboral y todo lo que conlleva dicha contratación”

JULIETH GUTIERREZ CABRERA

VIVIANA MARCELA GONZALEZ M

COORDINADORA ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**ENSAYO MONOGRAFICO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA
OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE DERECHO

CALI – VALLE DEL CAUCA

2017

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	3
ANALISIS CRITICO	6
CONCLUSION.....	22
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	24

INTRODUCCION

El recurso humano es una de las partes más importantes tanto en las empresas privadas como en las públicas; el personal que trabaja en una entidad es el motor fundamental del desarrollo de la misma, a nivel estatal son quienes le dan función a la administración pública, y son los encargados de dirigir e innovar los procesos de consolidación política y administrativa que permitan el eficaz cumplimiento de los compromisos del Estado con la sociedad Colombiana.

Los empleados públicos; deben tener cualidades y capacidades propias de una persona al servicio de la comunidad con un fin público, cuyo objetivo es la vocación de servicio, que se soporta en los valores de la igualdad, moralidad, economía, eficiencia, celeridad e imparcialidad en su accionar.

Los empleados del Estado, quienes son los encargados de realizar las funciones administrativas en el marco de un régimen laboral, han sido paulatinamente desplazados por el uso desmedido de otro tipo de contratación institucional conocida como “contratos de prestación de servicios”, que por su naturaleza puede, legalmente utilizarse solo de manera excepcional para facilitar y contribuir al cumplimiento de los fines del Estado.

Basado en lo anterior la legislación colombiana, en referencia a la contratación laboral, esta se puede realizar bajo dos instancias; el Código Sustantivo de Trabajo y el Código Civil y de Comercio.

Los contratos que se celebran bajo el Código Sustantivo de Trabajo son los contratos que emanan un conjunto de principios, acciones y normas que regulan directa o indirectamente las relaciones entre empleadores y trabajadores, y de estos con el Estado con el objeto de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores y la protección del trabajo.

Los contratos que se celebran bajo el Código Civil y de Comercio, son los contratos de prestación de servicio, los cuales se determinan por la ejecución de acciones por parte del contratante para el cumplimiento de los objetivos de las actividades o labor a realizar en la entidad o empresa que lo contrate.

En este ensayo realizaremos un análisis crítico a una de estas dos formas de contratación y propiamente estaremos hablando de los contratos de prestación de servicios; que es una forma de contratar servicios profesionales de una persona, la cual no es subordinada, no debe acatar horarios, ni ordenes permanentes únicamente debe cumplir con el objetivo para el que ha sido contratado, siendo esta forma de contrato una de las más usuales dentro del ámbito laboral en Colombia, ya que es una figura que permite la contratación para determinada actividad o servicio, con una serie de condiciones legales específicas desarrolladas por diferentes operadores jurídicos.

La figura de Prestación de servicio se desprende del Art. 34 del Código Sustantivo de Trabajo; en donde se define el contratista independiente como “La persona natural o jurídica que contraen la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva”

En Colombia se está aplicando mucho la modalidad de contratos por prestación de servicios esto no solo en las entidades privadas sino también a nivel Estatal.

De forma histórica legislativamente con el decreto 2400 de 1968, en el cual la administración pública adquirió más responsabilidades tanto cualitativas como cuantitativas y en el que se desarrollaban y regulaban los aspectos fundamentales de la carrera administrativa y el servicio civil. Dicha situación solo se consolida con la Constitución de 1991 en los Art. 123 y 125.

Art.123 Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio

Art.125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso

a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido. Modificado por Acto Legislativo 1/2003. Fue incluido Parrágrafo 6°

Desde el año 1930 nace en Colombia la carrera administrativa; se puede decir que ahí surgen las primeras iniciativas para la organización de las personas del servicio público pretendiendo de esta manera regular el tema del servicio civil, con el objetivo de crear una ley general de funcionarios públicos que reúnan ciertas condiciones de tal modo que estuvieran preparados, capacitados, acondicionados y calificados para cumplir la tarea el Estado y las del cargo y funciones a ejercer.

La carrera administrativa se desempeñaría con personas capacitadas el ejercicio de la función a desarrollar con el fin de poder cumplir a cabalidad con la responsabilidades adquiridas a ser nombrados como servidores públicos, cabe resaltar que un servidor público es una persona capaz de servirle a la comunidad en todas y cada una de las situaciones que se presenten y necesiten de su accionar.

Actualmente; a través de los diferentes actos legislativos realizados desde el inicio de los actos provenientes al servicio público, se dio apretura a una brecha existencial de cubrir las necesidades específicas y especializadas dentro del accionar público, permitiendo así a las entidades públicas hacer uso del contrato de prestación de servicios profesionales definido en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. La norma enunciada, aún vigente dispone:

“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o

derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

3º. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Como lo manifiesta; los contratos de prestación de servicio se deben realizar bajo determinadas condiciones a nivel estatal muy específicas entre ellas

- 1). Que dichas actividades a contratar no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad; o
- 2). Que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados que no poseen tales servidores.

Independientemente al tipo de contratación sea esta de servicio o no hay otro aspecto importante a tener en cuenta a momento antes de analizar la realidad contractual de las entidades estatales y es poder diferenciar si en este tipo de vinculación administrativa bien sea esta como empleado público o como trabajador oficial y así poder establecer si se está o no violando el derecho laboral de quienes ejercen funciones en entidades del estado.

ANÁLISIS CRÍTICO

El contrato de prestación de servicios es considerado un acto cuya suscripción debe responder a las necesidades de la administración y a la imposibilidad de satisfacer las mismas con el personal que labora en la entidad pública respectivamente; si los servidores de la entidad pueden atender tal necesidad, no hay lugar a la realización de dicha contratación prestacional.

En efecto esta modalidad de contrato está concebido exclusivamente como un instrumento de colaboración para el desempeño de actividades transitorias, relacionadas con la Administración y el cumplimiento de sus funciones específicas y con tiempos de realización específico.

Sobre este tema el “contrato de prestación de servicios”, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154/97, Magistrado Ponente HERNANDO HERRERA VERGARA, señaló que: “un contrato de prestación de servicios era la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.”

De igual forma mediante sentencia del 16 de mayo de 1991, proferida por el Consejo de Estado, sección primera, expediente 1323, Magistrado Ponente LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, se aclaró que a pesar de que ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen lo que debe entenderse como contrato de Prestación de Servicios, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua y la concepción tradicional que se ha tenido de aquel, puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto y que han sido reconocidas por el Estado.

Sopesa el reconocimiento que el estado le realiza a este tipo de contratación para el cumplimiento de los bjetivos de la entidad a través de la contratación de profesionales con un desarrollo intelectual acordes a las necesidades propias de un estado sumido en la falsedad y la contratación transgiversada.

Las condiciones Estatales que han proporcionado la tipificación de esta modalidad contractual, son modificaciones plasmadas a través del tiempo; el Estado como prestador de servicios y ejecutor de actividades con personal propio adscrito a la función pública tiende a reducirse; pero las acciones contundentes para la atención integral de la población deben ser atendidas, el poder de los gobernantes debe ser desplegado y para ello es menester el concurso de particulares que suplan la falta de servidores públicos en sus funciones y actividades. Es ahí donde cobra importancia el contrato de prestación de servicios para vincular personal adicional de empleados y trabajadores oficiales. Esta nueva modalidad de la administración pública está descrita por Villegas Arbelaez (s.f) así:

“Tal reducción del Estado, desde el punto de vista funcional y estructural conducirá al siguiente itinerario: Privatizar actividades o empresas estatales, lo que permitirá, por la vía de la subasta, suprimir o liberar recursos por el ahorro en el gasto antes estatal, y obtener dineros a causa de la venta de empresas. Descongestionar el Estado, al evitar que asuma nuevas funciones y reducir las que tiene. Así el Estado debe limitarse al planeamiento y control estratégico, y queda la empresa privada con la ejecución. De un lado liberan recursos y de otro, el capital privado recibe una parte del Estado para el negocio de la venta de servicios”.

Este tipo de contratación implica una modernización en el Estado

La Sentencia C-209 del 24 de abril de 1997. De la CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

“El proceso de modernización del Estado colombiano persigue mejorar la eficiencia de las actividades adelantadas por los entes públicos en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Este, para cumplir con sus fines, debe reajustar la estructura orgánica y funcional que le sirve de medio para obtenerlos. Por lo tanto, en lo que respecta a la administración pública, resulta razonable que se produzca la correspondiente valoración del desempeño de las entidades que la conforman, a fin de evaluar su misión, estructura, funciones, resultados, etc., y adecuarlas a los objetivos demarcados constitucionalmente.

El proceso de reestructuración que adopte el Legislador en una entidad dentro de los principios enunciados para su cabal funcionamiento, es conducente si en él se protegen los derechos de los trabajadores y si las actuaciones no exceden los límites legalmente establecidos para realizarlo; esto significa, que el retiro de su personal debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social”

“Para la Corte es claro que la reestructuración de una entidad u organismo estatal, también puede comprender una nueva regulación legal del régimen laboral de sus trabajadores, a fin de concordarlo con la modificación o redefinición de funciones, siempre y cuando se respeten las garantías necesarias para la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores”

Colombia está constituida como Estado Social de Derecho, eso significa que toda función estatal está regulada por un ordenamiento jurídico superior de obligatoria observancia. La contratación estatal debe someterse a una normatividad superior; es decir a las leyes, a los decretos reglamentarios y a los demás actos administrativos que regulan la contratación en

Colombia; sus etapas, el análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre el tema de contratación por prestación de servicios en entidades de Estado.

La persona que labora, en un ente estatal es visto como un funcionario público y por serlo tiene todas las prebendas prestacionales que dicho cargo público demanda. Pero con la nueva modalidad de contratación a nivel estatal; esta persona que inicia sus labores no ingresa bajo una contratación directa por lo tanto jurídicamente no es un servidor público sino que es una persona natural que le brindara sus servicios profesionales como personas e apoyo.

Para admitir que una persona desempeña un empleo público y que cumple con una condición de empleado público en el establecimiento de una relación legal y reglamentaria propia del derecho administrativo se deriven los derechos que ellos tienen, ya que se hace necesario la verificación de los elementos propios de esta clase de relación como son:

- 1) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política);
- 2) La determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y
- 3) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo;

Requisitos estos sin los cuales no es posible hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales. Además, “en la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la subordinación que impera en la relación laboral privada; aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las Leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, en los cuales se consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones etc. a que están sometidos los servidores públicos”.

Es importante tener en cuenta la naturaleza jurídica del contrato para poder establecer así las responsabilidades e inhabilidades de dichos contratos; puesto que los contratos estatales son sobreentendidos como actos solemnes y de ejecución cabal.

Los contratos firmados pueden ser de prestación de servicio; ¿pero cuál es su naturaleza jurídica? ; La naturaleza jurídica es importante porque teniendo en cuenta la misma se traduce inminentemente en una seguridad jurídica para los implicados en la contratación de prestación de servicio a nivel estatal.

De esta manera, cuando la Administración Pública, recurre a esta forma de contratación para cubrir necesidades de servicio profesional especializado de insuficiencia de planta, desconoce los principios de rango constitucional que gobiernan la carrera administrativa, afectando en primer lugar a las personas así contratadas, quienes no verán respetada la garantía de estabilidad en el cargo, y desconociendo también el derecho de acceso de los ciudadanos a la Administración Pública, de acuerdo con los méritos y capacidades de los mismos, todo lo cual va en detrimento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad y honestidad que, por mandato superior, deben regir la función pública.

Sin embargo, la inobservancia que se viene presentando por parte de los entes de control de los principios constitucionales establecidas por las relaciones laborales, entre el empleado y el estado cuando indica que la realidad de una relación laboral se podía hacer prevalecer judicialmente frente a la apariencia de un contrato de prestación de servicios, a efectos de derivar el reconocimiento de las prestaciones sociales propias de la relación de trabajo. Se dijo entonces que:

“El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal”

Pese a lo emanado jurídica y constitucionalmente la realidad que se evidencia de la contratación pública es otra; donde la persona contratada por prestación de servicio en un ente público no tiene el mínimo de los derechos emanados en las leyes y en la Buena Fe de las partes.

La buena fe objetiva consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en preservar la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia. *La misma ley dispone que “un error en materia de derecho constituye un presunto acto de mala fe que no admite prueba en contrario”.*

Lo precedente; en razón a que el Estado Colombiano, las entidades públicas acuden con mucha frecuencia a esta modalidad de contratación, y aunque ha sido cuestionada por muchos sectores llegando inclusive a pensar repetidamente que esta modalidad de contratación está encaminada a ocultar y obviar un verdadero vínculo laboral, rebajar los costos y a pagar favores políticos adquiridos en campañas; disfrazados tras la argumentación de insuficiencia de personal de planta y falta de especialización de los mismo para la realización de las labores misionales en las diferentes dependencias.

En el ámbito jurisprudencial, como punto de referencia respecto al Contrato de Prestación de servicios en las entidades públicas la Corte Constitucional (Sentencia C-094 de 2003)

Una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de personas naturales, sólo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores. Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción

Además se pronunciaron sobre la demanda inconstitucionalidad del numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Norma que al tenor expresa:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o

administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

Adicionalmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional (Sentencia C-614 de 2009) expone lo siguiente frente al tema sub examine:

“La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”.

“A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de contratos o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados outsourcing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea

la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas”.

Sobreponiendo que el derecho laboral colombiano es el conjunto de principios, acciones y normas que regulan directa e indirectamente las relaciones entre empleadores y trabajadores, y de estos con el Estado con el objeto de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores y la protección del trabajo. Todo lo anterior tiene el único fin de lograr la paz social, siendo esta la finalidad del Código Laboral Colombiano. Pero basándonos en los componentes del verdadero contrato de prestación de servicios versus a lo que se observa en las entidades públicas podríamos decir:

El contrato de prestación de servicios se caracteriza por:

- a) La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.
- b) Como elemento esencial la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico.
- c) La vigencia del contrato es temporal y su duración debe ser por tiempo limitado.
- d) Su forma de remuneración es por honorarios.
- e) No se genera en estos contratos ninguna relación laboral y por ende no hay lugar al pago de prestaciones sociales.
- f) La afiliación al sistema integral de seguridad social se debe realizar como trabajador independiente.

Teniendo en cuenta los puntos anteriores y analizando la observancia de la realidad laboral podríamos decir que alguno de los derechos que están siendo vulnerados son:

1. La igualdad; está basado en la condiciones prestacionales y de crecimiento laboral, las personas contratadas bajo el código civil y de comercio son personas profesionales independientes que prestan un servicio y por ser así estas deben asumir su carga prestacional; y al no ser la empresa quien asume esta, este trabajador no tiene derecho a vacaciones, cesantías ni pensión.
2. El auto crecimiento muy de la mano con el derecho anterior las empresas La contratación bajo la modalidad de servicios sobrepone el servicio a la capacidad humana en su ejecución, mientras una persona nombrada como trabajador estatal puede hacer carrera meritoria dentro de su ejercicio laboral, la persona que está contratada estatalmente bajo la figura de servicio no tiene la posibilidad de ser tenida en cuenta para un ascenso o promoción laboral so pese a que se trabaja de forma igualitaria con los otros empleados.
3. Derecho a la seguridad social está presente para ayudar al trabajador en sus épocas más vulnerables. Es una obligación del Estado velar por la protección sus trabajadores, pero como bajo esta modalidad queda adscritos a nominas paralelas de contratación obvian el pago de esta contraprestación así el trabajador sea merecedor del mismo porque sus condiciones laborales lo ameritan.

Se ha podido evidenciar que la modalidad de contratación por prestación de servicios es solo el nombre pero que las personas a las cuales se les firma este contrato cumplen con todas las obligaciones que el resto del personal

La Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha sostenido que la sola existencia de contratos de prestación de servicios estatales *“no descarta de plano, la existencia de un contrato de trabajo (relación laboral para los empleados públicos), así como tampoco permite sostener por esa sola circunstancia, que tal deducción constituya una equivocación protuberante”*, Sentencia del 28 de julio de 2004, M.P. Isaura Vargas Díaz; mientras que la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado , acudió a igual argumento para determinar la competencia sobre controversias laborales en las que medie un contrato de prestación de servicios

PLA RODRIGUEZ, Américo. *Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos*. Montevideo: Edit. MBA, 1977. Además, la Sentencia 156 de 27 de octubre de 1998 de la Corte Suprema de justicia Sala de Casación Laboral, establece:

“La primacía de la realidad contemplada por el artículo 53 de la Constitución Nacional, implica que los juzgadores, en materia laboral no se hallan atados por las informaciones que se desprenden de los documentos o actos jurídicos celebrados por las partes de las relaciones de trabajo, aunque estas hayan actuado de buena fe, de suerte que estable que desechen esas informaciones si encuentran la evidencia de una realidad diferente que requiera de la aplicación de la ley laboral o su aplicación correcta, según el propósito del legislador. Por lo tanto, no sólo cuando aparezcan vicios del consentimiento o fraudes a la ley, es dable desconocer convenios y acuerdos de los contratantes laborales que contraríen la realidad, sino en cualquier caso que esa contrariedad se acredite». Sala de Casación Laboral, sentencia 22259 de agosto 2 de 2004, M.P. Luis Javier Osorio López.

Debido a esta situación el uso inadecuado y abusivo y de la contratación estatal, deja mostrar una mala administración desde el ejercicio público lo cual genera falta de confianza y credibilidad en la transparencia de los procesos de contratación estatal que están generando una percepción negativa sobre el estado y el funcionamiento de sus instituciones dejando denotar la ilegitimidad y lo ilícito en las contrataciones laborales.

El artículo 17 de la ley 790 de 2002 ordena:

Artículo 17. *Plantas de personal.* La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

Parágrafo. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública.

Las entidades nacionales establecer los cargos necesarios para su funcionamiento, lo que significa no recurrir a contratistas para cumplir sus fines, recalando la lógica de la suficiencia en la contratación del personal administrativo. Pese a esto y a la Ley 790 de 2002 se continúan encontrando la contratación por prestación de servicio profesional en las entidades estatales obviando así la realidad de la relación laboral entre el estado y sujeto ejecutor.

La ley 1150 de 2007 en el artículo 2 numeral 4, ordinal h), enseña que para los contratistas de prestación de servicio, solo se autoriza expresamente la suscripción de contratos de prestación de servicio en los siguientes casos:

- 1) Para la prestación de servicios profesionales
- 2) Para la prestación de servicios de apoyo
- 3) Para la ejecución de trabajos artísticos

A su vez el decreto 2474 de 2008 en su artículo 82, señala que los contratos de prestación de servicio profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos, solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Igualmente, en el mencionado decreto que se puede contratar directamente la persona que ha demostrado su idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área que va a contratar.

Respecto al decreto 734 de 2012, solo se celebraran contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; igual estos contratos no son viables para ejercer actividades permanentes y en él. Art. 73 y 81 del decreto 1510 de 2013, manifiesta que nos necesario un acto administrativo de justificación de la contratación directa cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicio profesionales y de apoyo a le gestión solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

El contrato de prestación de servicio puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto al empleador, evento en el cual surgirá el derecho al

pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en la relación de trabajo conforme a los postulados del Art. 53 de la constitución política, destacando que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, en razón a que las actividades que se cumplían en virtud del contrato, no se encuentran atribuidas a un cargo en particular, dentro de la planta de personal de la entidad.

Podría por esta razón, el contrato de prestación tener también por objeto funciones administrativas en términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional en el inciso segundo del Art. 210 de la Constitución Política según el cual “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”

La ley 1474 de 2011 Art. 83 Supervisión e Interventoría Contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de su supervisión o un interventor

Ley 1474 de 2011: “Artículo 83. Supervisión e Interventoría Contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

*La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar **personal de apoyo**, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.[...]”*

Lo cual implicaría de un lado examinar, en caso de que la supervisión sea desarrollada por un particular- contratista, el cumplimiento del contenido obligacional y, en caso de serlo por un servidor público, el cumplimiento de sus funciones.

El estatuto anticorrupción creado por el estado Colombia es un estatuto que busca velar por la calidad óptima del ejercicio público en Colombia, logrando equiparar las responsabilidades de los particulares, de los servidores públicos y del mismo estado.

Dentro de esta encontramos el artículo 83 el cual nos habla de la supervisión e interventoría que se debe realizar a nivel de la contratación estatal, cabe resaltar que es, el estado mismo quien debe ejercer esta función de control y vigilancia, para esto en parte existe la Procuraduría General de la Nación; para velar por los derechos y deberes de las personas contratadas a nivel estatal.

Como lo manifiesta el artículo anterior, con el fin de proteger la moralidad del estado, que ha estado entre dicho en muchas ocasiones, pero no sopena está para desestimar realizar todos los procedimientos de vigilancia y control necesario con el fin de rescatar los actos morales y de buena fe del estado mismo como estado de hecho.

La supervisión e interventoría contractual, a nivel de los contratos de prestación de servicio con el estado, debe realizarse bajo unos parámetros establecidos, destacándose una investigación seria con la cual se puedan legitimizar los actos contractuales realizados y esclarecer los beneficios adquiridos por las partes, no en la firma del contrato como tal sino en la naturaleza contractual y en la ejecución cabal de la misma.

Magistrados de la Corte Constitucional han manifestado que si se pudiese demostrar la existencia de la relación laboral independientemente de la forma de contratación, este como persona contratada tiene unos derechos adquiridos que deben ser repuestos en la ejecución de su servicio beneficios tales como los emanados la legislación laboral colombiana.

Los empleados públicos a niveles nacional y territorial, tienen derecho a las siguientes prestaciones sociales, las que se establecen como un derecho mínimo para los trabajadores oficiales, por cuanto pueden ser sobrepasadas, en virtud de lo que se prevea por el contrato de trabajo y demás mecanismos laborales que lo integran, así:

- Vacaciones
- Prima de vacaciones
- Bonificación por recreación
- Prima de navidad
- Subsidio familiar
- Auxilio de cesantías
- Intereses a las cesantías, en el régimen con liquidación anual
- Dotación de calzado y vestido de labor
- Pensión de jubilación
- Indemnización sustitutiva de pensión de jubilación

- Pensión de sobrevivientes
- Auxilio de enfermedad
- Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional
- Auxilio funerario
- Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico
- Pensión de invalidez
- Indemnización sustitutiva de pensión de invalidez
- Auxilio de maternidad

Cabe resaltar que una persona contratada bajo prestación de servicio así cumpla con las funciones propias de un trabajador oficial, cuanta con ninguno de estos benéficos mencionados anteriormente, son beneficios mínimos para todos los trabajadores entonces porque el estado no aplica dicha condición de privilegio laboral a aquellos que por ejercicio de sus funciones laborales cumplen con la especificaciones legales para ser tenido en cuenta como tal como u trabajador oficial.

No obstante los beneficios mencionados anteriormente ni siquiera son los beneficios básicos que debieran gozar estas personas a las cuales se les confirme que cumplen con las condiciones establecidas para ser personales de planta directa, los benéficos básicos con los que deberían contar.

Las prestaciones sociales son los pagos adicionales al salario, que constituyen beneficios para el empleado, dichas prestaciones son una remuneración obligatoria por parte del empleador hacia los trabajadores; dichas prestaciones son originadas con la finalidad de cubrir necesidades o riesgos ordinarios, además de representar un reconocimiento a su contribución en la generación de resultados económicos de la empresa.

A través del concepto 201511200085951 del 23 de enero de 2015 el Ministerio de Salud precisó la manera como se debe acreditar el pago de los aportes a la seguridad social en el caso de los contratos de prestación de servicios.

Advirtió el Ministerio que de conformidad con lo establecido por el artículo 26 de la ley 1393 de 2010, tanto la celebración como el cumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos de prestación de servicios estarán sujetas a la comprobación por parte del

contratante de la afiliación y pago de los aportes al sistema de protección social de acuerdo con *“la reglamentación que “para tal efecto expida el Gobierno Nacional”*

El Ministerio que la base de cotización para el pago de los aportes correspondientes a los contratos de prestación de servicios se encuentra establecida en el artículo 18 de la ley 1122 de 2007, en los siguientes términos:

“Artículo 18. Aseguramiento de los independientes contratistas de prestación de servicios. Los independientes contratistas de prestación de servicios cotizarán al Sistema General de Seguridad Social en Salud el porcentaje obligatorio para salud sobre una base de la cotización máxima de un 40% del valor mensualizado del contrato. El contratista podrá autorizar a la entidad contratante el descuento y pago de la cotización sin que ello genere relación laboral.”

Seguidamente precisó la Cartera de la salud que tratándose de contratos de prestación de servicios, para la aplicación de la base de cotización es menester tener en cuenta si el contratista suscribió el contrato como persona jurídica o como persona natural, toda vez que si fue suscrito como persona jurídica

El pago de los aportes a la seguridad social deberá acreditarse respecto de los trabajadores vinculados laboralmente por la empresa, no siendo viable por ello que se exija acreditar el pago de aportes sobre el 40% del valor mensualizado del contrato,” pero que “si el contrato fue celebrado como persona natural, quien suscribió el contrato deberá acreditar el pago de los aportes propios a la seguridad social con la base prevista en el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007, evento en el que también deberá demostrarse el pago de los aportes a la seguridad social de los trabajadores que haya vinculado laboralmente”.

Teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente la persona contratada bajo la modalidad de prestación de servicio debe acreditar el pago de sus aportes propios liquidándolos desde la base del 40% del valor mensual de su contrato.

Es ahí donde nace la importancia de una supervisión en interventoría porque las personas contratadas bajo la modalidad de prestación de servicio están siendo utilizadas por un estado que desconoce cada día más sus obligaciones como estado social de derecho, sus

obligaciones como empleador y sus obligaciones como ente magno del ejercicio laboral en Colombia.

Todas y cada una de las sentencias proferidas por las altas cortes de la republica deben ser tomadas en cuenta de forma seria para poder iniciar un proceso de restitución laboral, de resignificacion del accionar público y acabar con los procesos de corrupción internos que están viciando al accionar y la contratación pública colombiana.

CONCLUSION

1. En conclusión debe existir un órgano rector que se encargue de vigilar el cumplimiento de los contratos laborales, tal cual como lo emana la ley teniendo en cuenta la jurisprudencia legal sobre la que se basan a fin, que ni la empresa privada ni mucho menos el estado violen los derechos laborales de los sujetos.

Resumiendo, podemos decir que: desde el panorama de la función pública colombiana de las siguientes características:

- en primer lugar, la coexistencia del sistema de clientelismo político al lado de algún grado de meritocracia no aplicada por las acciones que desencadena el favorecimiento de acciones emitidas desde la mala fe de los gobernantes, tanto en la legislación como en gestión del recurso humano profesional;
- en segundo lugar, un constante fracaso en la instauración del sistema de carrera administrativa y concurso administrativo que sirve para disfrazar las verdaderas acciones de un estado carente de acciones contundentes de legitimidad y liderazgo,
- en último lugar, una constante apatía y omisión de las normas establecidas por la Constitución del 91 en esta materia de legislación laboral

2. Al respecto las instancias competentes, en el caso de la carrera pública, la propia Comisión Nacional del Servicio Civil, procuraduría general de la nación y otros entes de control hayan investigado, mencionado y finalmente sancionado a los responsables de tales acciones omisiones y desacatos, por lo que esta inveterada y muy arraigada practica ha conllevado a su persistencia en el tiempo y a la vez al determinar realmente una verdadera relación laboral a que se acuda en grandes cantidades a la justicia administrativa para que se les reconozca esta relación, lo que finalmente repercute en un detrimento patrimonial para las entidades estatales.

3. Una de las características fundamentales del contrato de prestación de servicios es la independencia del contratista. Éste no se encuentra subordinado a la administración, ni ve tampoco limitada su voluntad con ocasión del contrato suscrito. Por ello, un

contrato de prestación de servicios que gire en torno a un objeto que implique la subordinación del contratista a la administración no es en verdad un contrato de esa índole sino una relación laboral

4. Las entidades estatales están utilizando el contrato de prestación de servicio para disminuir el costo de la nómina de personal, en tanto que se ahorran el pago de los parafiscales, primas, cesantías, liquidaciones, etc.,
5. Las personas contratadas bajo la modalidad de prestación de servicio no son vistas como empleados públicos, sino como trabajadores oficiales por lo tanto la duración de su contrato laboral debe ir de la mano con la duración de la actividad a realizar; por eso la importancia de la supervisión e interventoría ya que no se está cumpliendo con esa vinculación sino que un trabajador oficial está siendo tomado como un empleado público, en el cumplimiento de funciones aunque estas no sean las propias a cumplir por este empleado; pero violenta su derecho a la igualdad laboral.
6. Resignificar al trabajador público para desviciar la contratación estatal colombiana.
7. La informalidad en la contratación en Colombia, es un hecho. La causa preponderante para que esta contratación se realice por prestación de servicio y sin mayores garantías para los trabajadores, radica en omisión que tiene el estado referente a concluir con ciertas responsabilidades y obligaciones que están a su cargo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUTORES

- BUITRAGO, J. (2009). *Del empleo público, la carrera administrativa y sus amenazas*. Un reto para la democracia.
- CASTAÑO, O. A. (1995). *Derecho administrativo general*. Sexta Edición. Medellín: Abogados Librería.
- CALDAS, J. E. (1994). *Elementos de derecho administrativo colombiano*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- CUBIDES C, J. (1999) *Obligaciones*. 4ta. edición. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana, p. 182.
- FERNÁNDEZ, X. F. (2002). *La provisión de puestos de trabajo en la administración general del Estado*. Madrid: INAP - Instituto nacional de administración pública.
- GARRIDO, J. O. (2005). *Tratado de derecho administrativo laboral*. Bogotá D.C.: Doctrina y ley. p. 329 23
- HERNÁNDEZ, P. A. (2004). *Bases constitucionales de función pública: Empleo público*. Bogotá D.C.: Gustavo Ibáñez.
- JIMÉNEZ, W. (2005, octubre 18-21). *Reforma administrativa y carrera administrativa en Colombia: frustraciones, razones y oportunidades*, documento presentado en el X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile.
- LONGO, F. (2004, noviembre). *Servicio civil y ética pública*, IX Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública. Madrid: España.
- MARTTÍ, V. A. (1999) *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del 124 trabajo*. Colección Andaluza de Relaciones Laborales.. Editorial Técnos. Madrid v. 2., p. 91
- MARTÍNEZ, J. C. (2001). *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Madrid: Marcial Pons.

- OSZLAK, O. (2001, noviembre). *El servicio civil en América Latina y el Caribe: situación y retos futuros*. VI Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la administración pública. Buenos Aires: Argentina
- PELLICIER, A. B. y Rubio, M. G. (2004). *Curso de derecho administrativo laboral*. Segunda edición. Valencia España: Tirant lo Blandí.
- PERILLA, V. D. (2005). *Una mirada al Estado postmoderno de Jaques Chevalier. En temas de Derecho administrativo contemporáneo*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario. P. 433 – 435.
- RICCI, J. P. (2005). *El Régimen Jurídico de los Contratos estatales*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- RODRÍGUEZ, P. L. (2003). *Manual de derecho contencioso administrativo, control fiscal y jurisdicción coactiva*. Bogotá D.C.: Legis.
- Vera, J. B. (2000). La administración inspectora. En: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Martín Mateo*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, p. 1253 y ss.
- YOUNES M, D. (1998). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Temis.

JURISPRUDENCIA

- Código sustantivo de trabajo Artículo 34
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 80 de 1993.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 79 de 2002.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 734 de 2002.
- Congreso de la Republica de Colombia (2002) – Ley 790 de 2002
- Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 909 de 2004.
- Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1122 de 2007.
- Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1150 de 2007.
- Congreso de la República de Colombia. (2010). Ley 1393 de 2010.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1474 de 2011.
- Código Sustantivo de Trabajo Artículo 34
- Constitución Política de Colombia (1991). Art. 123 y 125
- Decreto 2400 de 1968

- Decreto 2472 de 2008
- Decreto 734 de 2012
- Decreto 1510 de 2013
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de junio de 2004, Rad. 2653-01, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.
- Sentencia 16 de Mayo de 1991
- Sentencia C-154 de 1997
- Sentencia C-209 de 1997
- Sentencia del 27 de Octubre de 1998
- Sentencia C-094 de 2003
- Sentencia del 28 de Julio de 2004
- Sentencia 2259 de Agosto de 2004
- Sentencia C-614 de 2009
- Sentencia 19 de Noviembre de 2012
- Sentencia 171 de 2012